

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 LOGROÑO

SENTENCIA: 00633/2019

C/ MARQUÉS DE MURRIETA, N° 45-47 DE LOGROÑO

Teléfono: 941296584/76, Fax: 941296578

Correo electrónico:

Equipo/usuario: JPA

Modelo: N04390

N.I.G.: 26089 42 1 2018 0008171

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001028 /2018

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a. MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE, MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE

Abogado/a Sr/a. GISELA BERNALDEZ BRETON, GISELA BERNALDEZ BRETON

DEMANDADO D/ña. BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

DON JAVIER PEGENAUTE ALLO, Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número Siete de Logroño y su partido HA PRONUNCIADO la siguiente

SENTENCIA N° 633/2.019

En la ciudad de Logroño, a 5 de julio de 2.019; habiendo visto y oído los presentes autos de juicio declarativo ordinario, tramitado ante este Juzgado bajo el número 1.028/2.018, y entre partes; como demandantes don

, representados por la Procurador de los Tribunales doña María Jesús Mendiola Olarte y asistidos por la Letrada Gisela Bernáldez Bretón; y como demandada la mercantil Banco Bilbao Vizcaya Argentina S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales doña , y asistida por la Letrada doña , sobre nulidad de condición general de la contratación, y

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por la representación procesal de la parte actora, se presentó en fecha 14 de noviembre de 2.019 demanda de juicio ordinario contra la indicada demandada, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, concluyó con la súplica al Juzgado de que tras los trámites oportunos se dictase sentencia por la que se declare:

“NULIDAD ABSOLUTA de la Cláusula Cuarta, Punto Uno, que estable una COMISIÓN DE APERTURA de 553,12€, imponiendo un gasto que no se deriva de un servicio prestado al consumidor,



sino que la valoración de riesgos y gestiones diversas son inherentes a la propia actividad del banco, además este cobra intereses remuneratorios en los que están incluidas las gestiones preparatorias del préstamo, y estas gestiones son útiles para el banco; y ordene al REINTEGRO DE 553,12€ INDEBIDAMENTE PAGADO más el interés legal.

NULIDAD ABSOLUTA de la Cláusula Cuarta, Punto Cuatro, que establecen una COMISIÓN POR POSICIONES DEUDORAS de 30,00€, por recibo vencido y reclamado, imponiendo un cobro sin ninguna justificación que supone una indemnización desproporcionadamente alta.

NULIDAD ABSOLUTA de la Cláusula Quinta, en lo relativo a los gastos de formalización y tramitación del contrato, que impone los GASTOS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO en exclusiva a la parte prestataria, atribuyendo al consumidor todos los costes derivados de la elevación a público e inclusión en el registro, abusivamente impuestos sin que para nada beneficien al consumidor condenando a la indemnización de 968,33€ QUE FUE LA CANTIDAD ABUSIVAMENTE PAGADA más el interés legal.

Condene a la entidad al pago de las costas dada la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2017, CAS 2425/2015 que establece como criterio general la imposición de costas a la entidad bancaria demandada, al ser lo más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión.".

Segundo: El demandado presentó contestación, en la que después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó solicitando se dictase sentencia por la que se le desestimasen los pedimentos recogidos en la demanda.

Tercero: Convocadas las partes a la correspondiente audiencia previa, las partes se ratificaron en sus pretensiones e interesaron el recibimiento del pleito a prueba. Por la actora se propuso documental. Por la demandada documental. Todas ellas fueron declaradas pertinentes, quedando los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Por la parte actora interesa la declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas relativas a comisión de apertura, posición deudora y gastos a cargo del prestatario, reflejadas en el contrato de préstamo hipotecario concertado entre las partes, y ello con las consecuencias inherentes a dicha de nulidad de reintegro de las cantidades indebidamente abonadas. Se alega por la parte demandante que



los actores concertaron, en su condición de consumidores en dicho préstamo sin conocer el alcance y contenido de dicha cláusula, de la que asimismo no fueron debidamente informados, sin que se produjera negociación al respecto. Sostiene que en ningún momento se produjo una negociación individual de dichas cláusulas, produciéndose un equilibrio en las prestaciones de las partes y sin correcta y adecuada información ni negociación.

Por la demandada en su contestación a la demanda se opone a la declaración de abusividad de la cláusula y se opone a las sumas reclamadas. Cuestiona la cuantía del procedimiento. En relación a los gastos de notario y registro, señala que están sujetos a arancel sus honorarios y que debe recaer su abono en los interesados según las normas sustantivas y fiscales, sin que pueda reclamarse de la entidad bancaria.

Segundo: La AP de la Rioja, señala entre otras en la sentencia de 12 abril 2019: "6- En conclusión: si , como en este caso ha sucedido, se ha acordado la continuación del juicio por los trámites del ordinario, la solución pasa por continuarlo y sin entrar en otras consideraciones sobre el exacto valor del interés económico del objeto del proceso que podrá, en su caso, tener importancia y consideración, en el trámite de tasación de costas y en su hipotética impugnación por excesivas, pero no, reiteramos, en esta fase declarativa en la que únicamente puede llegar a importa la cuantía a lo fines de determinar la clase de juicio, lo cual no sucede en la presente "litis", en la cual, al versar sobre condiciones generales de la contratación, tal como verismo reiterando la clase de juicio viene impuesta por razón de la materia, no de la cuantía. Por eso, pese a existir una patente falta de acuerdo de las partes con respecto a la cuantía del juicio, el trámite adecuado para su determinación podrá ser en su caso un futuro incidente de impugnación de costas, como presupuesto necesario para llevar a efecto la tasación procedente conforme a Derecho. Por todo ello, no procede realizar pronunciamiento alguno sobre esta cuestión, y debemos dejar imprejuizado este aspecto difiriendo su respuesta dentro del ámbito de la tasación de costas.". Por lo tanto, no procede resolver esta cuestión en el momento procesal actual. No obstante, con el objeto de evitar futuras controversias se considera adecuado señalar:

En el caso presente, aunque se entendiese que la cláusula gastos es de cuantía determinada, también se solicita se declare la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Por lo tanto, al ser ésta de cuantía indeterminada y entenderse que no procede del mismo título, sino que cada acción justifica un título distinto, se considera que la cuantía sería indeterminada.

Tercero: Sobre la comisión de apertura existe disparidad de criterios judiciales. Se ha mantenido por distintas



Audiencias Provinciales el carácter abusivo de la cláusula por entender que la comisión no responde a servicios efectivamente prestados o que estos son los propios de la actividad bancaria, por lo que la cláusula infringiría el artículo 87.5º del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, que considera abusiva la estipulación "que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva" (Sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4ª, de 20 de abril de 2008 - ECLI ES:APG:20187-, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 11 de mayo de 2018 -ECLI ES:APPO:2018:400) o de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, de 19 de abril de 2018, ECLI ES:APCS:2018:34). Para los partidarios de esta tesis, el prestamista sólo puede percibir como retribución el interés pactado. Para otras Audiencia Provinciales la comisión de apertura es válida por estar contemplada en normas nacionales y europeas con rango de ley o reglamentario, que obedece a actuaciones efectivas de carácter precontractual, siempre, que la cláusula supere el control de transparencia y sea conocida con antelación suficiente por el consumidor, a los efectos de poder valorarla conjuntamente con el resto de condiciones del préstamo y compararla con otras ofertas del sector. En este sentido se pronuncian la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (Sentencia de 4 de abril de 2018, ECLI ES:APV:2018:237), la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 4ª (Sentencia de 29 de noviembre de 2011, ECLI ES:APC:2017:2857), la Audiencia Provincial de León, Sección 1ª (Sentencia de 15 de junio de 2018, ECLI ES:APLE:2018:589), la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª (Sentencia de 23 de noviembre de 2017, ECLI ES:APM:2017:16225) o la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª (Sentencia de 7 de febrero de 2017, ECLI ES;APT:2017:71).

El TS ha venido a poner fin a esta polémica en sentencias de 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero y concluir que la comisión de apertura no es ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen sendas partidas del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. Tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura deben incluirse en el cálculo de la TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo. Por esa razón, la Sala concluye que la comisión de apertura no es susceptible de control de contenido, sino exclusivamente de control de transparencia, que considera superado o cumplido porque "es de general conocimiento entre los consumidores interesados el hecho de que, en la gran mayoría de los



préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato”.

En este caso no es controvertido que la actora pudo conocer su importe con antelación suficiente y comparar las condiciones de su préstamo, incluida la comisión de apertura, con las de otras entidades de crédito. Es más dicha comisión fue abonada con anterioridad a la suscripción de la hipoteca. Se cuestiona por la demandante que la comisión responda a un servicio realmente prestado, pero al no ser posible un control de contenido, la cláusula no puede ser considerada abusiva.

El TS en sentencia de 23 de enero de 2019 establece una serie de criterios para valorar si la comisión de apertura supera o no el control de transparencia:

“6.- Además, no se suscitaban dudas razonables sobre el carácter transparente de la cláusula. Son razones que sustentan la transparencia de esta cláusula que es de general conocimiento entre los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato.”.

Todos ellos concurren en el caso presente, por lo que se deniega la reclamación interesada.

Cuarto: La parte actora reclama se declare la abusividad de la cláusula referida a posiciones deudores.

Esta cuestión es analizada por la SAP LA RIOJA 31 de octubre de 2017 dice en referencia a la cláusula de comisiones



por reclamación de posiciones deudoras cuya nulidad se invoca en la presente demanda que "Así, por referirnos a las comisiones por impago (12,20 euros cada cuota impagada) también se han de tener por abusivas en la medida en que cualquier comisión que las entidades bancarias repercutan en los clientes debe corresponder a la prestación de un servicio real acreditado que es el que se remunera según se infiere del artículo 277 del Código del Comercio . Se ha de tener por tanto presente la naturaleza bilateral y contraprestacional de la propia comisión, bilateralidad que aquí tampoco existe.

En cualquier caso debe llamarse la atención acerca de lo dispuesto en el art. 85.6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que califica como abusivas " las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones". De igual modo, el art. 87.6 del mismo texto legal considera abusivas las cláusulas que impongan " el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente " o " la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados".

Pues bien, en el presente caso, se reclaman comisiones por impago de cuotas no justificándose el coste real a que hayan dado lugar dichos impagos por lo que el establecimiento de la comisión supone por un lado, la imposición de una sanción al consumidor que no cumple su obligación además del interés moratorio impuesto y por otro, la reclamación de cantidades por servicios que no constan prestados o por daños que no constan efectivamente causados, por lo que debe darse lugar a su declaración de abusividad."

Aplicando tal doctrina jurisprudencial al presente caso, es procedente anular la cláusula cuarta del contrato, en referencia al establecimiento de la comisión de 30 euros.

Quinto: La actora defiende la abusividad de la cláusula gastos:

La Audiencia Provincial de la Rioja ha resuelto en fecha 31 de octubre de 2017 la cuestión, y obviamente el criterio debe asumirse por este Juzgado. Dice la citada resolución que "Nos encontramos ante una estipulación que con singular generalidad, en su conjunto impone al prestatario y consumidor el abono de "todos los gastos" que puedan derivarse del contrato, en cualquier tiempo (no excluye los gastos futuros) y de forma genérica y omnicomprensiva. Desde esta perspectiva, presenta los caracteres propios de las cláusulas abusivas: se trata de una estipulación no negociada individualmente, es decir, predispuesta por el empresario que goza de una superior posición negociadora y que ocasiona, en contra de la exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor, un evidente e importante desequilibrio entre los derechos y



obligaciones de las partes, en la medida en que impone al consumidor prestatario todos los gastos sin excepción, prescindiendo de a quién corresponde su pago conforme a la normativa, todo lo cual veda cualquier posibilidad de equilibrio.

No se trata por lo tanto de no sea gramaticalmente inteligible su tenor (control de incorporación) sino que su redacción genera un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor.

La imposición generalizada y en todos los casos al prestatario consumidor de los gastos derivados del otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca y de su inscripción, necesarios para la constitución de la garantía, no asegura una mínima reciprocidad al hacer recaer su totalidad sobre el prestatario, y por ello es susceptible de generar el desequilibrio importante de que hablan las normas de protección del consumidor frente a estipulaciones predispuestas. Y esta posibilidad es suficiente para declarar la nulidad de la estipulación. Desde esta consideración, entendemos que por su generalidad constituye una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, y que no cabe pensar que aquél hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, apareciendo expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGDCU) por lo que debe ser declarada nula."

En el caso que nos ocupa la cláusula atribuye a la parte prestataria todos los gastos e impuestos que pudieran derivarse de la misma. Lo que llama la atención es su generalidad, por lo que constituye una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, y que no cabe pensar que aquél hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, apareciendo expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRFCU), por lo que debe ser declarada nula.

Sexto: En relación a la los gastos registrales y notariales: de conformidad con la sentencia del TS de 23 de enero de 2019 se otorgar el 100% de los registrales y el 50% de los notariales y de gestión: 430,85 por los notariales, 252.48 por los registrales y por los de gestión 165.5 euros.

Séptimo: Así pues, resultando nula la cláusula en cuestión en referencia a los conceptos mencionados en los fundamentos anteriores, han de abordarse las consecuencias de ello derivadas.

Estas no pueden ser otras que su expurgación, otorgando la tutela completa de ello derivada al consumidor, por virtud del



principio de efectividad consagrado en la Directiva 93/13 (EDL 1993/15910), siendo además en el presente caso la restitución por la entidad bancaria de las cantidades derivadas de los pagos efectuados por la actora por los conceptos anteriormente referidos, que ascienden según la documental aportada, en la suma total, debiendo abonarse los intereses de la suma de 848.43 objeto de condena desde su abono (suma de la cláusula gastos y comisión de apertura), conforme al art. 1303, 1.101 y 1108 del CC, hasta la fecha de la presente resolución, y los del art. 576 desde la fecha de la presente resolución y hasta la de su efectivo abono.

Octavo: La AP de la Rioja, en sentencia de 21 de febrero de 2018, señala: "La acción que se ejercita en este procedimiento es la acción individual de nulidad de una condición general, que no está sujeta a un plazo de prescripción conforme al artículo 19 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Esta ausencia de plazo de prescripción o de caducidad es coherente con el sistema instaurado por dicha Ley, ya que la declaración de nulidad, según los artículos 9 y 10 de la misma, es la de pleno derecho o absoluta, y no la relativa o anulabilidad sujeta a plazo de caducidad, del artículo 1301 del Código Civil. Se trata de una nulidad parcial de una categoría distinta de las clásicas nulidades totales o absolutas y nulidades relativas o anulabilidades, no sujeta al plazo específico del artículo 1301 CC, previsto para una clase de nulidad que no es la derivada del Derecho de consumo, y que por no preverse en el artículo 19 de la LCGC plazo de prescripción para esta acción, ha de sujetarse al plazo general de 15 años. En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 24 de julio de 2014, señala: "... Aunque los artículos 8 y 9 de la LCGC remitan a las normas generales de la nulidad contractual, parece que tal remisión no puede hacerse en su totalidad. Las normas generales sobre nulidad contractual parten de la base, en el caso de la nulidad absoluta, de que la acción es imprescriptible y para ella existe una legitimación de cualquier interesado, sin necesidad de que haya sido parte en el contrato -ver por todas STS 06-09-2006 -".

Las reglas de la nulidad relativa o anulabilidad, que son las que regula el Código Civil en los artículos 1301 a 1304, se encuentran referidas a la anulación del contrato por vicios en el consentimiento que lo invalidan; por ello, se refieren al consentimiento contractual que afecta a la formación de voluntad en la contratación, mientras que la acción de nulidad que se ejercita no lo es por vicio de consentimiento en sentido clásico -defecto de formación del consentimiento error-vicio-, sino que afecta a la información recibida de forma que, siendo hábil el consentimiento para obligarse con



carácter general, una determinada cláusula del contrato ha pasado desapercibida por ser incorporada sin la debida transparencia, de tal forma que puede conservarse el resto del contrato conforme a la regla "utile per inutile non vitiatur".

Pero es que hay más: existe cierta discrepancia doctrinal y jurisprudencial en relación con si el plazo de cuatro años que regula el artículo 1301 es de caducidad o de prescripción; de asumirse la primera de las tesis, resultaría que los plazos para las acciones individuales de condiciones generales de la contratación serían de caducidad, mientras que el plazo para el ejercicio de las acciones colectivas sería de prescripción, pues el artículo 19 LCGC, tras regular la imprescriptibilidad de las acciones de cesación y retractación, así como de la declarativa, establece ciertas excepciones a esta norma general a partir del hecho de que las mismas estuviesen inscritas en el Registro General de Condiciones de la Contratación, estableciendo plazos que lo son, indubitadamente, de prescripción.

Estas reflexiones hacen inaplicable la remisión "a la gruesa" a todo el sistema de nulidad contractual: podría hablarse, todo lo más, de una remisión "parcial" a este sistema, por ejemplo, en lo que se refiere a la legitimación activa y pasiva o procedimiento, pero no a los plazos de las acciones. De esta forma, lo que se sostiene es que, frente a la ausencia en la propia Ley de condiciones generales de contratación de un plazo específico de prescripción para el ejercicio de acciones individuales de nulidad o no incorporación - plazo que sí existe para las colectivas-, habremos de asumir el plazo residual de prescripción de acciones previsto en el Código Civil, en su artículo 1964, de quince años, que obviamente no ha transcurrido".

Tampoco resulta aplicable el artículo 1967 CC o 66 LGT ya que en el presente se examinará la posible abusividad de la condición general de contratación y sus consecuencias económicas, no se trata de la reclamación de honorarios de registrador, ni de que se demanda el pago de un impuesto, sino de determinar las consecuencias de la posible abusividad de la cláusula pactada.

D) Se rechaza este motivo de recurso, por cuanto que la acción para ejercer el resarcimiento y obtener la devolución de las cantidades entregadas no puede iniciarse su cómputo sino hasta que se declare la nulidad de la cláusula. Hasta ese momento difícilmente podían los actores haber ejercitado con éxito ninguna reclamación. Es cuando se declara la nulidad de la cláusula cuando pueden solicitar la devolución de las cantidades indebidamente pagadas, como consecuencia de esa nulidad, de ahí que en la propia sentencia en la que se declare la nulidad, se produce el resarcimiento en relación con los gastos indebidamente abonados.



...

No obstante, cabe matizar que la acción por la que se solicita la restitución de una cantidad derivada de la declaración de nulidad de una cláusula no es independiente de esta última, sino que es su efecto propio establecido en la ley. Además, aun en el caso de que pudiere considerarse una acción independiente, esta no habría prescrito ni caducado.

Con referencia a la prescripción, conviene señalar que el dies ad quo para la reclamación de cantidad de una cláusula declarada nula por una sentencia comenzará cuando la misma adquiera firmeza. En este sentido, reza el artículo 1971 del Código Civil que: " El tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia, comienza desde que la sentencia quedó firme".

En consecuencia, los plazos de prescripción y caducidad comienzan cuando los titulares de la acción de restitución pueden conocer las consecuencias derivadas de dicha declaración de nulidad, que es a través de la sentencia una vez gane firmeza".

En definitiva, se rechaza este motivo de impugnación y se mantiene en cuanto el la sentencia recurrida."

Noveno: El TS se ha pronunciado en diversas sentencias acerca de la concurrencia del abuso en el ejercicio de acciones ante los tribunales. Como afirma la STS 769/2010, de 3 diciembre "Se considera que son características de esta situación de retraso desleal (Verwirkug): a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; b) la omisión del ejercicio; c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará. La jurisprudencia de la Sala se ha pronunciado en temas directamente relacionados con esta cuestión, si bien en la mayoría de las sentencias se produce una remisión bien a la doctrina de los actos propios (SS por ejemplo, 16 febrero 2005 , 8 marzo y 12 abril 2006 , entre otras), bien a la doctrina del abuso del derecho (entre otras, SSTS 17 junio 1988 , 21 diciembre 2000 y todas las allí citadas)". Y ninguna de tales doctrinas resulta aplicable a un supuesto en el que se ejercita una acción de nulidad por abusividad de una cláusula en la contratación con consumidores

En esta materia es preciso respetar el principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, en concreto la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 , concluye que "la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula". Sería contrario a dicho principio y al de efectividad del Derecho de la Unión calificar como abusiva o desleal la conducta del consumidor que aplica reciente jurisprudencia para revisar los gastos que abonó en la fecha de la contratación.



Por otro lado la imprescriptibilidad de la acción para declarar la nulidad de pleno derecho es una cuestión pacífica en nuestra jurisprudencia. En consecuencia no puede ser considerado el transcurso del tiempo al margen de la aplicación del plazo de prescripción de las acciones. El paso del tiempo tiene efectos en el ejercicio de las acciones que está regulado y determinado en su duración concreta. No puede ser utilizado como argumento de una especie de prueba del consentimiento prestado por el contratante que dejó pasar el tiempo sin reclamar los gastos abonados.

Décimo: Alega la demandada falta de legitimación pasiva: refiere que en caso de declarar abusiva la cláusula la consecuencia se limitaría a la expulsión de la misma del contrato, pero no al abono de suma alguna pues tales cantidades fueron abonadas a terceros que no han sido demandados. En tal sentido se debe señalar que, en caso de que se pudiera acordar la nulidad de la cláusula, se obligaría a la entidad bancaria a asumir aquellos gastos que han sido repercutidos al consumidor, con independencia de que fueran abonados a terceros, pues el perjuicio precisamente radica en tal extremo y es con la entidad bancaria con quien se ha contratado, y a ella habrá que reclamar.

En este sentido tal y como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de Diciembre de 2.016, una vez declarada abusiva una cláusula, no puede tener efectos frente al consumidor, y debe restablecerse la situación de hecho y de derecho en que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula; esto es, el consumidor tiene derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento suyo, en virtud de la cláusula abusiva.

Undécimo: Conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procesos declarativos las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho; si fuera parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiese méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad. En el presente caso no se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

VISTOS los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO



Que estimando parcialmente la demanda presentada por la Procurador de los Tribunales doña María Jesús Mendiola Olarte, en nombre y representación de don _____, frente a la mercantil Banco Bilbao Vizcaya Argentina S.A., se declara la nulidad de las siguientes cláusulas establecidas en la escritura de 13 de agosto de 2004 firmada por las partes:

NULIDAD ABSOLUTA de la Cláusula Cuarta, Punto Cuatro, que establecen una COMISIÓN POR POSICIONES DEUDORAS de 30,00€.

NULIDAD ABSOLUTA de la Cláusula Quinta, en lo relativo a los gastos de formalización y tramitación del contrato, que impone los GASTOS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO en exclusiva a la parte prestataria, condenando a la demandada a abonar a la actora la suma de 848,43 euros, más los intereses legales desde cada abono.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

Líbrese y únase certificación literal a las actuaciones, incluyéndose el original en el Libro de sentencias.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla.

Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículo 456.2 L.E.C.).

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el en la cuenta de este expediente indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"





En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

EL/LA MAGISTRADO/JUEZ,

